



## **CORRUPÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SEUS REFLEXOS ATUAIS SOBRE AS RESPONSABILIDADES DO COMPLIANCE OFFICER**

Matheus Fernandino Bonaccorsi

**RESUMO:** A generalização de programas de *compliance* no âmbito empresarial guarda relação com a *expansão da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Os programas de *compliance* (enraizados na *cultura do cumprimento*) tornaram-se parte da estratégia política-criminal do Estado destinada ao combate da *cultura empresarial criminológica* que rodeia o ambiente corporativo. A apuração da responsabilidade do *compliance officer* passa pelo seguinte questionamento: *o que ele deveria ter feito e não o fez? Quais eram os deveres delegados dentro da empresa?* Como não existe um perfil homogêneo de profissional, os responsáveis de cumprimento de distintas empresas poderão ter diferentes funções e responsabilidades.

### ***CORRUPTION IN THE BUSINESS AREA: HISTORICAL EVOLUTION OF COMPLIANCE PROGRAMS AND THEIR CURRENT REFLECTIONS ON COMPLIANCE OFFICER RESPONSIBILITIES***

*The generalization of compliance programs in the business environment is related to the expansion of criminal liability of legal entities. Compliance programs (rooted in the culture of compliance) have become part of the State's political-criminal strategy aimed at combating the criminological corporate culture that surrounds the corporate environment. The verification of the responsibility of the compliance officer involves the following question: what should he have done and not done? What were the delegated duties within the company? As there is no homogeneous professional profile, those responsible for complying with different companies may have different roles and responsibilities.*

#### **Palavras-chaves:**





Corrupção empresarial; Programas de cumprimento; responsabilidade penal; administradores; agente de cumprimento

*Corporate corruption; Compliance programs; criminal liability; managers; compliance officers*



## **1. Introdução: relevância e controvérsias atuais sobre o tema “*Compliance*”**

O tema “*Compliance*” não é mais uma discussão marginal no âmbito empresarial: converteu-se no eixo central quando se trata do universo empresarial. Atualmente, a doutrina tem se ocupado de forma mais intensa de discutir os programas de cumprimento e seus efeitos. O debate sobre *compliance* é tão decisivo que o esforço doutrinário tem se voltado para os definir quais os padrões de eficácia e funcionamento dos sistemas de cumprimento; a distribuição e individuação das competências dos envolvidos nos programas; quais os deveres e responsabilidades de fiscalização do cumprimento; como se estabelecem as posições e graus de garantia dos agentes; e ainda, vários outros desdobramentos de natureza prática que podem ter alguma relevância jurídica (e especificamente penal).<sup>1</sup>

Em geral, os estudos dos sistemas de *compliance* giram em torno dos seus reflexos sobre a responsabilidade penal das *empresas* (e também dos *administradores*<sup>2</sup>) em três planos distintos: a *imputação*, a *sanção* e o *processo penal*<sup>3</sup>. Em comum, todos os referidos planos buscam reconhecer nos programas de cumprimento um *efeito mitigador* da responsabilidade da pessoa jurídica, de forma gerar os seguintes reflexos consoante o caso: não configuração do fato ilícito-típico, exclusão da atribuição da responsabilidade penal, diminuição da pena, ou ainda, negociação da persecução processual-criminal por parte da empresa junto aos órgãos acusadores do Estado.<sup>4</sup>

Aqui se vislumbra um primeiro paradoxo: se durante algum tempo atrás o movimento doutrinário era pela responsabilização das pessoas jurídicas sobre os ilícitos praticados (com admissão expressa pelos ordenamentos jurídicos), hoje os mecanismos de *compliance* emergem de certa forma como uma *resposta* à tal criminalização que pleiteia a exclusão dessa mesma responsabilidade que um dia tanto se almejou. Os programas de cumprimento podem surgir como

---

<sup>1</sup> MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p.34.

<sup>2</sup> Aqui também chamados de *dirigentes* em *lato sensu*, incluindo sem se limitar aos sócios-administradores, administradores não sócios, membros de Diretoria e componentes de conselhos ou comissões (de administração, fiscal e outras funções estatutárias).

<sup>3</sup> Neste escrito, falaremos apenas sobre os dois primeiros (imputação e sanção). Em caso de interesse pelos reflexos sobre o processo penal, recomendamos: SILVA, GERMANO MARQUES. *Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 151 e ss.

<sup>4</sup> SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Almedina, 2019, ps.129-130.

uma *defesa artificial e antecipada* face à possibilidade futura de responsabilização ou punição criminal da pessoa jurídica.<sup>5</sup>

O objetivo primordial do *compliance* é claro: partir de uma série de controles internos e procedimentos para prevenir a responsabilização penal. A pesquisa e implementação dessas ferramentas de cumprimento pressupõe conhecimentos jurídicos penais para o seu desenvolvimento adequado. E aqui surge também uma segunda controvérsia: caso não seja completo e tenha o seu funcionamento de modo eficaz, o efeito do programa de cumprimento dentro da organização será (provavelmente) inverso. Em vez de diminuir as chances de responsabilização penal, criará condições para que exista uma cadeia de responsáveis (empresa, dirigentes e colaboradores) diante da incapacidade de identificação dos autores e da impossibilidade de delimitação do âmbito individual de competências.<sup>6</sup>

Portanto, os estudos sobre os programas de *compliance* são necessários para que se possa entender melhor os referidos paradoxos e assim ajudar na elucidação da seguinte questão: existe, quando e de que forma a responsabilidade penal diante da implantação e funcionamento de um programa de cumprimento na empresa? O que faz o sistema ser eficaz e idôneo? Quais são os reflexos e de que maneira esses mecanismos impactam na atribuição das responsabilidades penais e aplicação das punições em desfavor da empresa, dos dirigentes e, em especial, do *compliance officer*?

## 2. Corrupção no âmbito empresarial e a evolução do “*Compliance*” nos diversos países

Ao lado da criminalidade tradicional, percebe-se que a delinquência econômica aumentou exponencialmente em virtude da abertura das economias, da redução das distâncias, das comunicações instantâneas, das facilidades e liberdades de trânsito de pessoas e capitais, e ainda, dos avanços tecnológicos colocados a serviço da moderna criminalidade. A globalização<sup>7</sup> trouxe

<sup>5</sup> Essa constatação foi observada nos estudos de LAUFER, WILLIAM S. realizados em EUA. Segundo tal autor, a relação entre os setores público e privado é um *jogo de múltiplas partes interessadas*. Cada parte procura proteger e aprimorar suas posições para minimizar os riscos e posições até atingir um equilíbrio regulatório. Esse é um jogo em que o setor privado busca as *conformidades ideais* para minimizar riscos de responsabilidade, oferecendo ao Estado uma cobertura moral e de aparência de legitimidade. O objetivo da empresa ao cabo não é o controle do crime corporativo. As despesas com o *compliance* não são feitas com a evidência de que elas irão promover a integridade dos funcionários, mudar os comportamentos, melhorar a cultura corporativa e facilitar a decisão corporativa ética. As *empresas compram garantias de que, se e quando houver irregularidades, a entidade será poupada*. Cf. LAUFER, WILLIAM S. *A very special regulatory milestone*. In *University of Pennsylvania J. Business Law*, 2018, n. 391, ps. 408-409.

<sup>6</sup> SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.

<sup>7</sup> RODRIGUES, ANABELA MIRANDA explica que a *ligação* entre a sociedade e crime está evidenciada na *sociedade globalizada* dos nossos dias. O crime é um dos sintomas da emergência da sociedade global que, ao mesmo



novas modalidades delitivas que se projetaram nos espaços criados pelo desenvolvimento da sociedade, o que ocasionou, inevitavelmente, alterações nas características da delinquência dolosa tradicional pela adoção de novos instrumentos voltados para a produção de resultados lesivos.<sup>8</sup>

Diversamente da criminalidade tradicional, os ilícitos econômicos são praticados por pessoas que ostentam uma posição social e status mais elevados. São atos típicos comumente praticados por empregados, dirigentes ou pelos próprios empresários de sociedades comerciais no exercício das funções ocupadas dentro da estrutura empresarial, e que lesionam interesses individuais (ou coletivos) dentro da ordem econômica. Nessa posição, os agentes abusam da confiança que lhes é depositada e socialmente exigível para atuação da esfera econômica, com a prática de condutas que contradizem o comportamento correto esperado. O perfil dessa criminalidade corresponde a crimes de cunho econômico, organizados e praticados por membros com maior poder aquisitivo que se aproveitam de seus cargos e ocupações para aumentar as suas rendas por meio de práticas ilegais, valendo-se de técnicas criminosas mais complexas e sofisticadas.<sup>9</sup>

A partir da crise econômica de 1929, a sociedade exigiu o controle dos riscos sobre os investimentos com a reconstrução de um Estado que assumisse a função de garante das convenções econômicas fundamentais. A intervenção estatal veio com a assunção de novas responsabilidades de regulação e implementação de novos instrumentos na esfera criminal que viessem a prevenir os ilícitos tal qual as medidas punitivas estabelecidas, dentro de um cenário em

---

tempo, demonstra a evolução dessa sociedade. Tal evolução pode ser percebida não só do ponto de vista das ameaças que espreitam a nova sociedade, como também diante da infiltração da criminalidade nos centros de decisão políticos, econômicos e financeiros. O crime se adapta às novas formas de socialização: nesta sociedade *nova* desenvolve-se uma *criminalidade nova*. Importa ter presente que as opções políticos-criminais se revelam no *contra-luz* do crime e da sociedade em que ele se manifesta. A *mesma* sociedade que *explica* (e *cria*) o crime também *explica* a reação ao crime, com manifestações à luz da ideologia que a impregna no momento atual. *Política criminal – novos desafios, velhos rumos*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Editora Coimbra, 2003, p. 207.

<sup>8</sup> FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *O Criminal Compliance e a Autorregulação Regulada: privatização no controle à criminalidade econômica*, in AAVV. *Direito Penal Econômico Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Thoth, 2017, ps.19-21.

<sup>9</sup> BASOCO, JUAN MARÍA TERRADILLOS ressalta que a globalização econômica constitui uma realidade de ampla integração, que transcende a fronteiras nacionais. Assim que são *homogeneizadas* as condições em que se desenvolvem as atividades comerciais também são geradas formas comuns de crimes, suscetíveis de respostas institucionais aceitas internacionalmente. Os comportamentos delitivos dentro de uma economia marcada pela *planificação*, e com forte protagonismo do sistema público, aparecem os crimes relacionados à corrupção: a corrupção no âmbito privado que tem conteúdo patrimonial e afeta a dinâmica econômica das empresas, bem como a corrupção na esfera pública que ocorre dentro da administração pública e afeta o funcionamento do Estado. *Derecho penal económico. Lineamientos de política penal*. *Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Ano IX, n. 35, 2015 (ps. 7-36), ps. 8; 10.

que os limites constitucionais da *jus puniendi* passaram a coexistir com as necessidades do Poder Público lidar e prevenir a marginalidade.<sup>10</sup>

A política criminal adotada pela sociedade mais moderna se adaptou com a criação de novos tipos penais.<sup>11</sup> Houve a gradativa incorporação nas leis criminais de tipificações econômicas como forma de reação mais contundente às demandas do novo modelo de economia de mercado.<sup>12</sup>

As primeiras reações do Estado contra os crimes de ordem socioeconômica dentro da moderna política criminal foram em Alemanha com a *Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (Primeira Lei na luta contra o crime econômico datada de 1976) e em EUA com a *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei de Práticas de Corrupção no Exterior em 1977<sup>13</sup>),

<sup>10</sup> BASOCO, JUAN MARÍA TERRADILLOS. *Derecho penal económico. Lineamientos de política penal*. Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Ano IX, n. 35, 2015, ps. 11-12.

<sup>11</sup> Um exemplo recente dessa evolução social na esfera penal-econômica é o Código Penal espanhol, que sofreu modificação em 2015 (*Ley Organica* n.1/2015) com a introdução do crime de *administración desleal* dentro do capítulo destinado aos ilícitos *contra a ordem econômica*. Até 1995, o referido Código Penal somente contava com um tipo de apropriação indébita (artigo 525 do CP de 1973 e artigo 252 do CP de 1995), cuja a modalidade de *deslealdade* era limitada a uma disposição injustificada do patrimônio administrado. Entre 1995 a 2015, o artigo 295 CP então vigente veio a reconhecer um tipo de administração fraudulenta societária, com um modelo de incriminação ainda excessivamente limitado pelo círculo dos autores (só administradores); pelas modalidades comissivas (atos de disposição ou assunção de obrigações); pela exigência de fraude; pelo âmbito de proteção limitado aos patrimônios sociais. Em 2015, após intensa discussão doutrinária e jurisprudencial a *Ley* 01/2015 levou a cabo uma reforma profunda: (i) modificou a apropriação indébita (artigos 253 e 254 do CP); (ii) derogou o delito societários de administração desleal (artigo 295 CP); (iii) introduziu um delito de administração desleal *genérico* (artigo 252 do CP); e (iv) configurou o delito de malversação de cariz público com uma modalidade de administração desleal do patrimônio público cometida por autoridade ou funcionários público (artigo 432 do CP). No que se refere exclusivamente aos atos de gestão patrimonial desleal, o legislador de 2015 adotou um modelo de criminalização amplo que, se não reproduz literalmente o modelo alemão (§ 266 do *Strafgesetzbuch*), inspira-se sem dúvida nesse código penal: cometem administração desleal quem “*tendo facultades para administrar um patrimônio alheio emanadas da lei, determinadas por autoridade ou assumidas mediante um negócio jurídico, venha a infringir o exercício das mesmas e dessa maneira cause prejuízo ao patrimônio administrado*” (artigo 252, n.1, CP). Cf. COCA VILA, IVÓ. MUÑOZ PASTOR, NURIA. *El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites*. In *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*, 2017, n° 128, ano 14, ps.1-2.

<sup>12</sup> No novo modelo de mercado (global e livre), as redes criminosas se beneficiam das possibilidades que advém dessa integração econômica, usufruindo dos avanços tecnológicos para dar um salto qualitativo na sua atuação. É uma criminalidade com alto poder de corrupção e contaminação das relações econômicas lícitas, que se *organiza* como uma *empresa* (ou por meio de uma empresa) para conduzir as suas atividades escusas. Tais organizações são ágeis e se (re)estruturam em função das modificações dos mercados mundiais globalizados. Enquanto a empresa criminal na sua forma tradicional (clássica) é caracterizada pela hierarquia, a mais moderna é *flexível* (expande-se ou contrai-se de acordo com as oportunidades ou os riscos). Cf. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Política criminal – novos desafios, velhos rumos*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Editora Coimbra, 2003, p. 222.

<sup>13</sup> Na sequência, por pressões americanas outros atos internacionais foram aprovados ao redor do mundo e seguiram as mesmas aspirações de combate à corrupção da *FCPA*: (i) Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos estados Americanos em março de 1996; (ii) Convenção sobre o combate a corrupção de funcionários públicos estrangeiros da OCDE, concluída em Paris em dezembro de 1997 e vigor a partir do ano de 2000; (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela ONU em outubro de 2003 (Convenção de Mérida); (iv) Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção para funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da União Europeia, aprovada pelo Conselho da União Europeia em 1997; (v) Convênio de Direito Penal sobre a corrupção e o Convênio de Direito Civil sobre a corrupção aprovados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 1999; (vi) Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana em 2003; (vii) Convenção das Nações Unidas contra o Crime





onde o Estado decidiu intervir para além dos tradicionais *crimes de propriedade*<sup>14</sup> já descritos nos códigos penais do século XIX.<sup>15</sup> Essas novas medidas atacaram os *crimes econômicos* que trazem consigo uma carga de alta lesividade financeira (que nem sempre está presente nos *crimes patrimoniais*) e a característica de serem em regra executados por sujeitos com certa qualificação e status. São os chamados de *crimes de colarinho branco* (*white collar crimes*) cometidos por pessoas de respeitabilidade e alto status social no desempenho de atividades com repercussão econômica.<sup>16</sup>

A maior parte dos delitos contra a ordem econômica são executados através de uma pessoa coletiva e capazes de gerar grandes perdas econômicas. A empresa foi descoberta pelo direito penal e pela criminologia como um *meio* suscetível de gerar ou de favorecer a prática de fatos penalmente ilícitos.<sup>17</sup> A empresa passou a ser um *centro* ao redor do qual podem orbitar diferenciadas atividades de crimes econômicos: (i) um ilícito que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; (ii) um crime que germina dentro da empresa contra a própria corporação; (iii) uma infração perpetrada por pessoas da empresa contra outros

---

Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) aprovada em 2000. Cf. NIETO MARTÍN, ADÁN. *La corrupción en el comercio internacional (e de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. In Revista Penal, 2003, n.12, p. 4. Nesse mesmo viés SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, ps.129-130.

<sup>14</sup> Sob o aspecto dos *crimes de propriedade*, importante mencionar que a corrupção no âmbito privado (entre particulares) já era combatida desde muito antes pelos EUA por meio da *Prevention of Corruption Act* de 1906 e pela Alemanha desde 1909 por meio do seu Código Penal (crime de *competência desleal*), com inclusive jurisprudência a respeito e condenações do tipo: médicos da seguridade social que aceitaram dinheiro por parte das empresas farmacêuticas para prescrever medicamentos; administradores de uma rede conhecida de eletrodomésticos (*Media Markt*) que solicitaram vantagens pessoais para admitir à venda produtos *Philips* em seus estabelecimentos; gerente de uma sociedade organizadora da concorrência comercial para construção do estádio do time *Bayern München* que havia aceitado a comissão de 2% por parte do construtor austríaco que finalmente ganhou a adjudicação da concorrência (“caso *Allianz Arena München*”). Cf. TIEDEMAN, KLAUS. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013, ps. 35-36.

<sup>15</sup> BASOCO, JUAN MARÍA TERRADILLOS. *Derecho penal económico. Lineamientos de política penal*. In Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2015, n. 35, ano IX, ps. 13-14.

<sup>16</sup> Expressão cunhada em 1939 por SUTHERLAND, EDWIN H. em seu estudo sobre criminologia denominado *White-collar Criminality*. In *American Sociological Review*, 1939, n. 1, vol. 5.

<sup>17</sup> A criminalidade empresarial de expressão genérica abrange os crimes econômicos cometidos por intermédio de uma pessoa coletiva. Entretanto, essa nova criminalidade *de empresa* (*Unternehmenskriminalität* – com utilização e por meio de uma empresa) não se confunde com a criminalidade *na (dentro) empresa* (*Betriebskriminalität*) consoante alerta BERND SHÜNEMANN. Para essa última categoria de crimes, as regras tradicionais do Direito Penal já se prestavam a solucionar a atribuição de responsabilidade penal quando cometidos *dentro* ou *contra* a própria empresa. Cf. SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2013, n. 105, p. 60.

membros da empresa; e finalmente (iv) *uma criminalidade que se projeta a partir e com o uso da pessoa coletiva*.<sup>18</sup>

O ambiente corporativo propicia que apareçam condutas desviantes por parte de seus diretores e empregados porque gera uma *percepção de grupo* que reduz os mecanismos inibitórios individuais dos seus membros. A agregação de indivíduos gera a *volatilização do sentimento de responsabilidade individual* que motiva os agentes a praticarem condutas criminosas a partir do ambiente empresarial e que, provavelmente, não desenvolveriam se estivessem isolados individualmente. Essa volatilização ocorre em virtude da *neutralização* de juízos morais individuais (e de sua culpa) e da sensação de *erosão normativa* (e distanciamento) gerados a partir do agrupamento voltado para formação da estrutura empresarial.<sup>19</sup>

Da mesma forma, a existência de uma (possível) *cultura criminógena* dentro das estruturas empresariais pode ser explicada pelas dificuldades existentes na imputação da responsabilidade jurídica – penal ou não – aos múltiplos intervenientes na execução do ilícito econômico. A *difusão das responsabilidades* (atribuição e distribuição) dentro da estrutura empresarial resulta numa divisão das tarefas dos atos de execução, fragmentação da informação e diluição dos riscos.<sup>20</sup>

De fato, uma grande parte dos problemas de autoria e participação no contexto empresarial decorre da complexa estrutura de que estão dotados os entes empresariais atuais, assentes nos princípios organizativos da hierarquia e da divisão do trabalho.<sup>21</sup>

Sob esse ponto de vista, existe em primeiro lugar uma *irresponsabilidade organizada*<sup>22</sup>, em que nem sempre será possível sancionar penalmente as pessoas físicas (administradores, diretores, representantes) pelos delitos cometidos a partir da atividade empresarial da pessoa coletiva. Em segundo lugar, vê-se a *insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual* como resposta à criminalidade empresarial, inclusive nos casos em que a sanção se faz possível superando as dificuldades probatórias ou técnico-jurídicas que muitas vezes se suscitam. E em terceiro lugar, a *insuficiência preventiva das formas de responsabilidade coletiva no âmbito penal*, porquanto as alternativas orientadas para a responsabilidade de própria pessoa jurídica com base

<sup>18</sup> FARIA COSTA, JOSÉ DE. *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*. In Revista Portuguesa de Direito Penal, 1992, n. 4, ano 2, p. 540.

<sup>19</sup> SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance em el derecho penal de la empresa. Una nueva Concepción para controlar a la criminalidad económica*. (trad. Abanto Vásquez). In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013, p. 96.

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier, 2013, p.18.

<sup>21</sup> SOUSA, SUZANA AIRES DE. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. In Revista de Estudos Criminais, 2013, n. 50, p. 41.





no direito e processo penal (mais concretamente as penas e outras medidas administrativas) não são adequadas para a maior parte da criminalidade oriunda das atividades das empresas.<sup>23</sup>

Em suma, a abordagem criminológica da atividade empresarial mostra que tal ambiente é *propício* à violação e normativas legais, notadamente num cenário de intensa competitividade e de busca incessante de lucros na medida em que predisporia dirigentes e empregado à violação de normativas legais.<sup>24</sup>

Por isso, a melhor maneira de otimizar a colaboração das empresas com o Estado na contenção dos ilícitos econômicos foi a adoção de uma *política criminal* que levasse em consideração a *responsabilidade penal das pessoas coletivas*. A organização disfuncional que se torna criminosa deve ser o *núcleo fundamental* (e alvo principal) da sua própria *responsabilidade e culpabilidade*, e como tal deve responder pelos atos ilícitos que venha a praticar no desempenho das atividades empresariais.<sup>25</sup>

Sem dúvida, o interesse mais recente pelo *compliance* se encontra forte relação com a adoção de medidas penais de imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas pelos ordenamentos jurídicos dos países europeus e latino-americanos. Com a tradição romano-germânica, há séculos tal previsão tinha sido suprimida dos sistemas normativos desses países.<sup>26</sup> Em tal aspecto, os EUA foram os pioneiros com a *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>27</sup> e com o conjunto normativo que se sucedeu retratado pelas *United States Sentencing Commission*

---

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier, 2013, p.18.

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier, 2013, p.18.

<sup>24</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTÔNIO. *Compliance, debito control y unos refrescos*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013, p. 120.

<sup>25</sup> NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 172.

<sup>26</sup> BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 23.

<sup>27</sup> A *Foreign Corrupt Practices Act* teve por finalidade moralizar as práticas comerciais das empresas norte-americanas e coibir a praxe de conquistar mercados internacionais por intermédio da corrupção de autoridades públicas estrangeiras. A *FCPA* teve como elemento desencadeador o escândalo de *Watergate* que provocou no Governo dos EUA o interesse pela moralização do comércio internacional mediante combate da corrupção de oficiais de governo estrangeiros para a expansão dos negócios, em que pese a forte resistência interna das empresas norte-americanas que temiam a perda de competitividade. Para combater a concorrência desleal, a *FCPA* exigiu a transparência contábil não só da matriz, mas das filiais das companhias multinacionais haja vista que os subornos em geral aconteciam fora do alcance da jurisdição dos EUA. Além disso, a *FCPA* introduziu a corresponsabilização das empresas na prevenção da corrupção, com o estabelecimento do sistema de reponsabilidade penal das sociedades empresariais. A esse respeito, ver desenvolvidamente: NIETO MARTÍN, ADÁN. *La corrupción em el comercio internacional (e de como la americanización del derecho penal puede tener de vez em cuando algún efecto positivo)*. In *Revista Penal*, 2003, n.12, ps. 3-26.

*Guidelines Manual*<sup>28</sup>, *Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*<sup>29</sup>, *Financial Action Task Force (FATF/GAFI)*<sup>30</sup>, *Sarbanes-Oxley*<sup>31</sup>, e *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*<sup>32</sup>.

No continente europeu, observou-se mais tarde legislações com a mesma pretensão de regulamentação e alcance sobre a penalização das pessoas jurídicas, dentre as quais cabe mencionar a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005<sup>33</sup>; as modificações no *Code Pénal* de 1994 e promulgação da Lei n. 1117 em 2013 em França<sup>34</sup>; a promulgação do Decreto Legislativo n. 231 em 2001 em Itália<sup>35</sup>; a sanção da *Bribery*

<sup>28</sup> Em EUA, o *Sentencing Guidelines Manual* norteia os juízes na graduação das penas mediante avaliação dos programas de *compliance* (em que grau são *efetivos* e *éticos*) para que possam ter alguma *repercussão jurídica* atenuante sobre a fixação da punição após condenação da pessoa jurídica (juízo de imputação). Os critérios do Manual servem balizadores para dosimetria das penas pelos juízes, em detrimento de parâmetros fixos ou livremente arbitrados. A respeito da origem e funcionamento do *Guidelines Manual* para aplicação da punição às pessoas coletivas no EUA, veja em: HEFF, KELVIN B. *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: as suggested approach*. In *Columbia Law Review*, 1996, n. 96, ps. 1267 e ss. VILLEGAS GARCIA, MARIA ÁNGELES. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, ps. 293 e ss.

<sup>29</sup> O Comitê de Basileia foi criado em 1974 no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements – BIS*) com o objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a promoção da estabilidade financeira. As recomendações do Comitê de Basileia visam harmonização da regulação prudencial adotadas pelos seus membros, com objetivo de melhorar a competição entre os bancos internacionalmente ativos, cuja relevância é crescente em face da internacionalização dos mercados financeiros. Além das *recomendações*, o Comitê divulga *princípios* essenciais para supervisão bancária eficaz (*basel core principles*), padrão utilizado internacionalmente para avaliação da eficácia da supervisão bancária de um país.

<sup>30</sup> A *Financial Action Task Force (FATF)* é um órgão intergovernamental de regulação criado em 1989. Esse grupo almeja estabelecer padrões e promover a implementação efetiva de medidas legais, regulamentares e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional. O FATF desenvolveu uma série de *recomendações* que são reconhecidas como o padrão internacional nesse setor. A primeira versão das *Recomendações* foi em 1990, revisada em 1996, 2001, 2003 e, mais recentemente, em 2012.

<sup>31</sup> A *Lei Sarbanes-Oxley* foi promulgada no dia 30 de julho de 2002 nos EUA pelo presidente George W. Bush devido aos escândalos financeiros corporativos envolvendo diversas companhias americanas em fraudes contábeis e societárias, tais como as ocorridas com a Enron, Arthur Andersen, World.Com e Xerox. A Lei foi concebida pelos senadores da república Paul Sarbanes e Michael Oxley (por isso o apelido de *Lei Sarbox* ou *Lei Sox*) para garantir a criação obrigatória de novos mecanismos de administração financeira, escrituração contábil, auditoria e gestão de informações pelas companhias para aumentar o fluxo de informações, gerar transparência e evitar fraudes ou, caso estas ocorram, a segurança de que existem meios para identificá-las.

<sup>32</sup> Em EUA, a *Dodd-Frank Act* foi sancionada em 2008 com o objetivo de aprimorar os mecanismos contábeis, conferir maior transparência ao funcionamento e evitar condutas abusivas das instituições financeiras. Para tanto, passou a valorizar a figura do *whistleblower* nas estruturas dos programas de cumprimento mediante a previsão de estímulos à realização de denúncias por parte dos funcionários em contrapartida às garantias de anonimato, perdão ou atenuação da pena, ou até mesmo, recompensas conforme auxílio prestado às agências estatais nas investigações das infrações penais. Sobre o assunto, ver em profundidade: LEÓN BERINI, ARTURO GONZÁLEZ DE. *El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013, ps.132 e ss.

<sup>33</sup> Posteriormente, essa norma foi revogada pela Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Cf. publicação no JOUE L 141, 5.6.2015, ps. 73-117.

<sup>34</sup> A versão inicial da Lei n° 2013-1117 é de 6 de dezembro de 2013, com objetivo de lutar contra a fraude fiscal e a inadimplência econômica e financeira grave (cf. JORF n° 0284 de 7 de dezembro de 2013). Essa Lei foi recentemente modificada e tem uma nova redação consolidada com vigência a partir de 17 de janeiro de 2020.



Act em 2010 no Reino Unido<sup>36</sup>; a *Ley Organica* n. 5 em 2010 em Espanha<sup>37</sup>; e as modificações da *Gesetz über Ordnungswidrigkeitsgesetz* (*Lei de Infracções Administrativas*) em Alemanha<sup>38</sup>.

Assim, vários ordenamentos jurídicos europeus adotaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de modo *expresso* e *inequívoco* ao afirmar categoricamente a imputação dirigida diretamente às empresas. O pilar dogmático claramente cedeu frente à realidade criminológica e à necessidade político-criminal de implantar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Em Brasil, o tema *compliance* a responsabilidade penal das empresas passou a ser estudado com mais afinco a partir da promulgação da Lei n. 9.613 de 03 de março de 1998 (*Lei contra a lavagem -branqueamento de capitais, direitos ou bens*) e da Resolução n. 2.554 de 24 de setembro de 1998 do Conselho Monetário Nacional (CMN) que dispõe sobre a implantação de controles internos nas instituições financeiras (e posteriormente nas empresas de seguros) sobre operações suspeitas da prática do delito de lavagem de dinheiro e terrorismo. Mais recentemente, os programas de cumprimento (*compliance*) foram expressamente tratados na: (i) Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 (*Lei de Crimes contra a Ordem Econômica*); (ii) Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012 (que atualizou a redação da Lei anterior contra o branqueamento de ativos); (iii) Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013 (*Lei sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* – apelidada em resumo de *Lei Anticorrupção*).

Portanto, a discussão técnica-jurídica nos países de cariz *romano-germânica* trocou de eixo: já não se tratava mais de uma discussão sobre o *se* (*se era factível*), mas sim de uma discussão acerca do *como* (*de que maneira*) seria efetuada a responsabilidade penal das corporações. Passou-se a

<sup>35</sup> O Decreto Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, introduziu a responsabilidade *penal* (dita *administrativa*) de pessoas coletivas, sociedades e associações, mesmo sem personalidade jurídica, nos termos do artigo 11 da lei de 29 de setembro de 2000, n. 300, cf. publicação no *GU Serie Generale* n. 140 de 19.6.2001.

<sup>36</sup> A *Bribery Act* foi publicada em 8 de abril de 2010, com objetivo combater o suborno e outras condutas correlatas.

<sup>37</sup> A *Ley Orgánica* n. 5, de 22 de junho de 2010, modificou o Código Penal então vigente (*Ley Orgánica* n. 10, de 23 de novembro de 1995) com a introdução do artigo 31, *bis* (responsabilidade penal das pessoas jurídicas). Seguidamente, em 2015 o Código Penal da Espanha foi completamente revisado e atualizado pela *Ley Orgánica* n. 1, de 30 de março, cf. publicação no BOE-A-2015-3439.

<sup>38</sup> A *Gesetz über Ordnungswidrigkeitsgesetz* data de 19 de fevereiro de 1987 cf. BGBl, p. 602, e foi alterada pela última vez pelo artigo 5 da Lei de 9 de dezembro de 2019 cf. BGBl, p. 2146. Em Alemanha, apesar de inexistir a previsão legal expressa da responsabilidade penal das pessoas coletivas, ao que parece existe uma certa aceitação dessa ideia por parte da doutrina, a qual não se enxerga qualquer obstáculo dogmático para sua admissão. Cf. KUDKICH, HANS. *Compliance mediante la punibilidad de personas jurídicas?* In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013, p. 289. Nesse mesmo sentido, parece que existe até mesmo uma certa pressão interna para que o legislador venha a admitir essa modalidade de responsabilidade em desfavor das empresas. Cf. KUHLEN, LOTHAR. *Compliance e Derecho Penal en Alemania*. In AAVV. *Responsabilidade de la empresa y compliance*. Edisofer-B de F. 2014, p.99.

debater *como deveria ser interpretada* a forma de responsabilidade estabelecida pelos Códigos penais ao levar em conta as fórmulas de cada país.

Em suma, as linhas de interpretação sobre a matéria ficaram assim divididas: (i) 1ª alternativa: *ou* se construiria uma vertente própria de *autoresponsabilidade* da empresa; (ii) 2ª alternativa: *ou* se trataria de admitir a *heteroresponsabilidade* mediante abandono das bases dogmáticas e afirmação da culpabilidade como garantia da responsabilidade penal *subjetiva*, com possibilidade de transferência em desfavor da pessoa coletiva da assunção da responsabilidade pelo ato praticado por seus membros pessoas singulares (de forma *objetiva*).

Com a finalidade de abrigar a 1ª alternativa acima (interpretação a favor de uma suposta *autorresponsabilidade*), uma parte da doutrina passou a defender a responsabilidade direta da empresa por *defeito de organização* (evidentemente influenciada pela dinâmica do funcionalismo sistêmico e pela funcionalidade/disfuncionalidade do sistema em relação ao seu entorno). A responsabilidade da pessoa coletiva seria derivada pelo *defeito da organização* que permitiu que os seus agentes atuassem de maneira delitiva. Na base dessa proposição, a ideia de que a pessoa jurídica – tal qual a pessoa natural – teria quebrado as expectativas sociais entorno do seu comportamento e por isso seria culpada pelo ato injusto sem a necessidade da transferência de qualquer culpabilidade advinda do ato da pessoa individual. A *má organização* da empresa seria por si só a causa justificadora da sua responsabilidade direta no âmbito penal. Esse discurso passou a conduzir o entendimento jurídico-penal ao seguinte horizonte: se a *má organização* implica na responsabilização penal, então é possível prevenir essa responsabilidade por meio de uma *boa organização*. E a *boa organização* reside justamente na aplicação da fórmula empresarial já utilizada há muito tempo (os sistemas de *compliance*), *mas agora com um viés irradiador sobre a imputação da própria responsabilidade criminal sobre a empresa*.<sup>39</sup>

No que se refere à 2ª alternativa de interpretação acima (admitir a *heteroresponsabilidade*), a doutrina viu-se numa encruzilhada ao observar o pragmatismo anglo-saxão no tratamento do tema. Percebeu-se que não era possível encontrar respostas para a *heteroresponsabilidade* na legislação. A *lógica* da legislação do sistema romano-germânico de atribuição de responsabilidade penal era condizente com a atribuição de responsabilidade *subjetiva*. Em paralelo, a estrutura anglo-saxônica se embasava na influência em *teses organicistas* e também em duas proposições incompatíveis com o sistema romano-germânico, quais sejam: a primeira, que importa a teoria civilista do *respondeat superior* em que se propõe explicitamente a *transferência da*



*responsabilidade* de uma pessoa para a outra; e a segunda, baseada na *strict liability* em que a responsabilidade penal existe *sem* o elemento subjetivo.<sup>40</sup>

Toda essa discussão em volta da responsabilidade da pessoa coletiva colocou o *compliance* no âmbito da *imputação-responsabilização jurídico-penal das empresas*, para além dos debates existentes sobre a *dosimetria das penas* (que até então giravam dentro do aspecto da punição da empresa). Os programas de cumprimento se *empoderaram* de forma a repercutir não mais somente sobre a *quantificação da pena a posteriori* (como circunstância *atenuante da pena* ou *causa de diminuição*), mas também como atos eficazes de prevenção (*ex ante*) capazes de *ilidir a responsabilidade penal* das pessoa coletiva, seja total ou parcialmente conforme parâmetros normativos de análise da eficácia e idoneidade do sistema de *compliance*.

Sendo assim, pode-se afirmar que a generalização de programas de *compliance* no âmbito empresarial guarda relação com a *expansão da responsabilidade penal da pessoa jurídica*.<sup>41</sup> A responsabilidade penal das pessoas jurídicas gerou o crescente interesse e discussões sobre o *compliance* nos países europeus de tradição germânica (para além daquelas já existentes desde a década de 70 nos países de origem anglo-saxão), notadamente para certos grupos de crimes: corrupção de servidor público nacional ou estrangeiro; lavagem ou branqueamento de capitais; a formação de cartéis, concorrência desleal; infrações ambientais; infrações contra a segurança do trabalhador; e a responsabilidade pelo defeito do produto.<sup>42</sup>

Nesse sentido, os programas de *compliance voluntário*<sup>43</sup> passaram a integrar os sistemas organizativos das empresas e se tornaram mecanismos de controle social que ajudam o Estado (e direito penal) em sua tarefa de controlar o crime.<sup>44</sup> Os programas de *compliance* (enraizados na

<sup>39</sup> BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 26-33.

<sup>40</sup> Cf. BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 30.

<sup>41</sup> *The integration of compliance into the criminal law is related to the criminal liability of legal entities. Such a model of criminal liability is based on the idea the lack of organization or an organizational mens rea element constitutes the basis for corporate liability. This approach recognizes the existence of a corporate culture and will apart from that of its individuals employees, and posits that the law should encourage corporations themselves to abide by the law.* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, n. 148, ano 26, p. 21.

<sup>42</sup> SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, ps.118-119.

<sup>43</sup> Neste escrito, não iremos tratar dos sistemas de *compliance* obrigatórios impostos por lei para os setores empresariais *regulamentados* pelo Estado, tais como bancos, seguros, previdência, etc..

<sup>44</sup> Nesse ponto, importante refletir sobre qual é (ou será) o papel do Direito Penal num Estado de Direito democrático: o de proibir condutas ofensivas de bens jurídicos fundamentais e de reação contrafática à violação dessa proibição? Ou antes, a de incentivo ao autocontrole para evitar a responsabilidade penal pela ofensa a bens jurídicos-penais, caso



*cultura do cumprimento*) tornaram-se parte da estratégia política-criminal do Estado destinada ao combate da *cultura empresarial criminológica* que rodeia o ambiente corporativo.

Com efeito, pode-se dizer que os programas de *compliance* caminharam (e ainda continuam) de forma *sincronizada* com as necessidades de responsabilização na esfera do direito penal que emergem do contexto socioeconômico contemporâneo.<sup>45</sup> Por consequência, houve uma progressiva tomada de consciência de que litígios, sanções, restrições regulatórias e danos à reputação das empresas poderiam ser evitados se fossem concebidos e postos em práticas programas de cumprimento normativo voluntário. São múltiplas as falhas que podem ser inibidas quando as empresas assumem o compromisso e implantam sistemas eficazes de controle legal: (i) existência de conflitos de interesses internos; (ii) desrespeito aos deveres e funções organizacionais; (iii) falta de realização de auditorias ou investigações internas; (iv) falta de independências dos auditores; (v) desrespeito às recomendações relativas ao governo das sociedades (*corporate governance*); (vi) inexistência de responsáveis pelo controlo interno e boas práticas (*compliance officer*).<sup>46</sup>

As *políticas de compliance* se revelam fundamentais pois permitem às empresas que: (i) enunciem os deveres de vigilância e controlo; (ii) estabeleçam os mecanismos internos demonstrativos do cumprimento desses deveres; (iii) clarifiquem o posicionamento institucional da empresa e o papel de cada elemento na cadeia hierárquica; (iv) estratifiquem responsabilidade, de acordo com a dimensão das empresas, tendo em conta por um lado que ninguém consegue controlar tudo ao

---

em que o Direito Penal imporá *obrigações principais de meios e não de resultado*, como é característico das áreas que lidam com o risco e adotam uma perspectiva baseada no risco? (Cf. BRITO, TERESA QUINTELA. *Compliance, cultura corporativa e culpa da pessoa jurídica*. In *Law enforcement & compliance*, in AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 62. Nesse mesmo sentido, THOMAS ROTSCH questiona em que medida o *compliance* pode influir, com caráter geral e mediante regulação empresarial interna, na responsabilidade penal e na sua exclusão? O cumprimento normativo destinado a *prevenção de crimes* tem o poder jurídico de *conformar* a norma? O objetivo do *criminal compliance* é precisamente evitar ou minimizar os riscos da responsabilidade penal e, para isso, medidas preventivas precisam ser tomadas de *forma antecipada* para se evitar a ofensa ao bem jurídico tutelado. Entretanto, e devido às dificuldades previsão de todos os comportamentos humanos futuros e antecipação dos resultados, uma empresa pode ser responsabilizada pelo Direito Penal nos casos em que comprove a adoção de todos os meios possíveis, inclusive o cumprimento de todas as recomendações e medidas impostas por lei e dispostas nos programas de *compliance*? *Criminal Compliance*. In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, ps. 6-9.

<sup>45</sup> SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25 (ps.117-143), p. 119.

<sup>46</sup> No intuito de evitar tais falhas dentro das corporações, a organização não-governamental e independente ISO Internacional Standards tem desempenhado um papel de relevo na fixação de padrões universais de gestão de sistemas de cumprimento normativo voluntário por meio da ISO 19.600 (*Compliance Management Systems – Guidelines*). Cf. MENDES, PAULO DE SOUSA. *Law enforcement & compliance*, in AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 12-13.





mesmo tempo, mas também por outro que tal fato não pode servir de desculpa para que ninguém controle o que deva ser controlado.<sup>47</sup>

A propósito dos programas de *compliance* (em que grau poderão ser considerados *efetivos e éticos no caso concreto*), cabe ressaltar a título exemplificativo alguns *parâmetros objetivos* já adotados em outros países ao redor do mundo para avaliação da efetividade dos programas de cumprimento. Nos EUA, poder-se mencionar as disposições do *United States Sentencing Commission Guidelines Manual* que norteia os juízes na graduação das penas após condenação da pessoa jurídica nesse país. O *United States Sentencing Commission Guidelines Manual* em sua Seção 8ª, Parte B, item nº 2, denominada *Compliance Efetivos e Programas Éticos (Effective Compliance and Ethics Program)*, traz de forma expressa vários parâmetros e critérios que visam a avaliação do grau de *eficácia e idoneidade* do sistema de *compliance* implantado numa empresa, visando a dosimetria das penas pelos Tribunais em desfavor da pessoa coletiva.

Em Espanha, o seu Código Penal traça balizadores dos *modelos de organização e gestão* que deverão ser observadas pelas empresas de forma a prevenir os ilícitos para que sejam relevantes na imputação jurídica-penal. O Código Penal analisa os *modelos de organização e gestão da empresa* para aferir se, antes da constatação do delito, houve a adoção e execução com eficácia *de medidas de vigilância e controle idôneas* para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa os riscos de sua ocorrência.<sup>48</sup>

Em Portugal, o legislador português já acumulou múltiplas leis em matéria de criminalidade econômica, para além das convenções e tratados internacionais de que faz parte como signatário e constituem fonte de direito.<sup>49</sup> As empresas estão cada vez mais atentas à importância de acolherem

---

<sup>47</sup> DURO, PEDRO. *Novos rumos para o compliance – o efeito espanhol*. Disponível em: <https://www.csassociados.pt/pt/conhecimento/flashs/Novos-rumos-para-o-Compliance-o-efeito-espanhol/234/>, ps. 3-5.

<sup>48</sup> Tal lei diz taxativamente que: “*Artículo 31 bis. (...) 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*”

<sup>49</sup> Na luta contra a corrupção, destaca-se em Portugal a título exemplificativo os seguintes dispositivos vigentes: (i) Lei n. 36/64, de 29 de setembro (Medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira); (ii) Lei n.

práticas de *compliance* e de governação responsável (vale dizer: ser efetivamente *compliant*). Naturalmente, a consciência desta necessidade tende a variar em função da dimensão das empresas e também dos respectivos setores de atividade, mas importa ressaltar que os programas de cumprimento se tornaram uma ferramenta necessária à todas as empresas independentemente do porte ou segmento de atuação.<sup>50</sup> Em outras palavras, percebe-se que, em Portugal, busca-se *densificar* o conceito de culpa penal da pessoa jurídica indo para lá de uma visão puramente normativa (*censuralidade* do ilícito-típico coletivo à luz das concepções ético-sociais dominantes), recorrendo designadamente às noções de *bom governo corporativo*, *cultura e responsabilidade social corporativas*.<sup>51</sup> Apesar do silêncio do Código Penal português, é possível atribuir relevância aos programas de *compliance* para que se possa eximir a reponsabilidade da empresa por via do artigo 11, n. 2, e, sobretudo do respectivo n. 6 sob a forma de exclusão da *culpa da pessoa coletiva*, consoante os casos.<sup>52</sup> Também, os artigos 71 e 74 do Código Penal se aplicam aos

---

101/2001, de 25 de agosto (Estabelece o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal); (iii) Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro (Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira); (iv) Lei n. 52/2003, de 22 de agosto (Lei de combate ao terrorismo); Lei n. 19/2008, de 21 de abril (Aprova medidas de combate à corrupção); (v) Lei n. 20/2008, de 21 de abril (Cria o novo regime pena de corrupção no comércio internacional e no setor privado); (vi) Lei n. 25/2008, de 5 de junho (Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo); (vii) Lei n. 30/2015, de 22 abril (Estabelece alterações ao Código Penal e a outra legislação no sentido de dar cumprimentos às recomendações dirigidas à Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pela ONU e OCDE).

<sup>50</sup> MENDES, PAULO DE SOUSA. *Law enforcement & compliance*, in AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 19. Em sentido contrário sobre essa conscientização em Portugal, MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO dizem que à exceção do segmento bancário, aos serviços financeiros, às sociedades cotadas em bolsa e às grandes multinacionais, nesse país de forma paradoxal o incremento legislativo, regulatório e sancionatório não tem tido o esperado reflexo no domínio interno e *espontâneo* de *compliance* nas empresas como forma de mitigação dos riscos de incumprimento legal e regulamentação voluntária. Várias ordens de razões têm vindo a ser apontadas sobre a percepção portuguesa em relação ao *compliance*: (i) falta de consciência ética da pessoa coletiva como instrumento ao serviço da comunidade; (ii) resistência empresarial à mudança, seja pelos dirigentes (que entendem como um foco de *perda de poder* e comando), dos trabalhadores em geral (cuja visão é de trabalho adicional das estruturas de reporte, desfocando da sua atividade principal); e do setor comercial (que percebe a autoregulamentação como perda de capacidade competitiva e prejuízos reflexos em relação à atuação dos concorrentes); (iii) falta de consciência pela totalidade das pessoas do risco e gravidade do incumprimento legal e regulamentar; (iv) deficiente abordagem político-legislativa, com aparente opção do legislador pela repressão em detrimento da prevenção. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 133-134.

<sup>51</sup> BRITO, TERESA QUINTELA. *Compliance, cultura corporativa e culpa da pessoa jurídica*. In *Law enforcement & compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 59.

<sup>52</sup> Claro que será necessária a análise de *cada caso em concreto*. Isso porque convém lembrar que a exclusão da responsabilidade penal da empresa nos termos do artigo 11, n.6, está antes condicionada pela clareza, efetividade e eficácia das ordens ou instruções em contrário, tendo em conta o *concreto* modo de organização, funcionamento e atuação jurídico-econômica (e até ética) da pessoa jurídica. Uma empresa pode estar perfeitamente organizada *sem* criar riscos para bens jurídicos, apesar da ausência de um programa de cumprimento ou de código de ética. Ao mesmo tempo, pode existir uma pessoa coletiva que tenha um ou mais mecanismos de *compliance*, mas apresente enormes *defeitos organizativos* geradores de potenciais riscos a bens jurídicos fruto de programas desajustados, ou se adequados, que não tenham o necessário comprometimento (e cultura) dos gestores para o seu cumprimento. Cf. BRITO, TERESA QUINTELA. *Relevância dos mecanismos de compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes*. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídicas-Criminais*, 2014, n.0, p. 83.



entes coletivos permitindo que a prévia ou posterior implementação dos mecanismos de cumprimento determine uma atenuação especial da pena, ou, até a dispensa da pena. Todos esses são aspectos em que se evidencia que as pessoas jurídicas são, de pleno direito, destinatárias de todas as normas do Código Penal compatíveis com a sua natureza.<sup>53</sup>

E, por último, cite-se o caso do Brasil com a promulgação da Lei n. 12.846/2013 (*Lei Anticorrupção*) que consagra hipóteses em que a *dosimetria da pena* da pessoa coletiva pode ser diminuída pelos programas de cumprimento. Em que pese tratar da responsabilidade *administrativa e civil* (portanto fora da *esfera penal*), a Lei n. 12.846/2013 traz requisitos ilustrativos para aplicação das penas em desfavor das empresas. O respectivo artigo 7 reza que: “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (...)”.<sup>54</sup>

### **3. Compliance Officer: âmbito de atuação dentro da estrutura empresarial e sua responsabilidade penal**

A divisão do trabalho, a delegação de funções em cascata, a descentralização empresarial e a compartimentação de tarefas geram *perigos organizativos* ou *perigos de desorganização*. As dificuldades de imputação individual dos fatos criminosos realizados no contexto empresarial crescem à medida que cresce a complexidade da estrutura empresarial e hierarquia de tarefas, que

---

<sup>53</sup> BRITO, TERESA QUINTELA. *Compliance, cultura corporativa e culpa da pessoa jurídica*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 59.

<sup>54</sup> De forma complementar, o Decreto n. 8.420/2015 regulamenta os parâmetros de avaliação dos mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do artigo 7 da Lei Anticorrupção, dentro os quais cabe ressaltar: cultura do cumprimento; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade; treinamentos e capacitações periódicos; idoneidade do lançamento das informações; controles internos; procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos; independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; canais de denúncia de irregularidades; medidas disciplinares; procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações; diligências apropriadas para contratação; verificação durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; monitoramento contínuo do programa de integridade; transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

se encontram funcionalizadas e divididas por setores ou departamentos específicos e especializados.<sup>55</sup>

Nesse contexto, assume particular relevância a determinação da responsabilidade criminal *por omissão* dos dirigentes da empresa relativamente a fatos ilícitos realizados por terceiros que são parte da organização empresarial. Trata-se de um problema complexo que imediatamente se conjuga com a eventual existência de um *dever de garante* por parte daqueles que ocupam uma posição de liderança no seio empresarial capaz de fundamentar um delito omissivo. Por outras palavras, importa determinar se os diretores, administradores e gerentes assumem, em virtude das funções que desempenham, uma posição de garantia pelos crimes cometidos na empresa e quais os contornos que se revestem essa *posição de garante*.<sup>56</sup>

É sabido que o desenvolvimento empresarial comporta uma série de riscos inerentes a essa atuação, principalmente em decorrência do fato de que a exploração de uma atividade possui, por sua própria estrutura, um risco criminógeno. Ao lado da liberdade de ação, nasce o dever do empresário de zelar para que a atividade por ele praticadas não lese quaisquer bens jurídicos. O empresário que optar por desenvolver uma determinada atividade assume o *correlato* encargo de *evitar a realização de perigos* que decorrem dessa atividade. Existe uma posição de *garante originário* da atividade empresarial que é assumida pelo empresário que implicam nos deveres de *controle* ou de *neutralização* da ocorrência de perigos na exploração do objeto social pela empresa. Caberá ao empresário a correta organização dos processos internos, dos mecanismos de segurança, dos sistemas de vigilância e de controle referentes às tarefas próprias da atividade empresarial desempenhadas por si e seus subordinados.<sup>57</sup>

Entretanto, o empresário não cumpre sozinho com o desenvolvimento e tarefas oriundas das atividades empresariais. A expansão e complexidade da empresa fazem com que exista a *divisão de trabalho, a especialização e a descentralização na tomada de decisões*. Possivelmente, o empresário irá se valer de uma estrutura organizativa que implantará a distribuição de trabalho, de competências e de decisões entre pessoas (com setores, gerências e departamentos) com coordenação e harmonia entre tais divisões, a fim de gerar maior eficiência na exploração comercial. Conforme as especificidades, recursos e porte da empresa, a gestão das atividades será

<sup>55</sup> SANCHÉZ, BERNARDO FEIJÓO. *Autorregulación y Derecho pena: una cuestión de responsabilidad individual?* In AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*. Editorial B de F, 2009, p. 117.

<sup>56</sup> SOUSA, SUZANA AIRES DE. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. In *Revista de Estudos Criminais*, 2013, n. 50, p. 35.

<sup>57</sup> GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 169.



realizada pelo empreendedor de maneira descentralizada, repartindo-se o poder de decisão entre áreas específicas mediante *delegação*<sup>58</sup> e *confiança*<sup>59</sup> de tarefas com poder, autoridade e conhecimento técnico.<sup>60</sup>

Com essa estruturação e complexidade empresarial, a *posição de garantia originária* por parte do empresário possibilita a delegação de determinadas esferas de suas competências através de um mecanismo de *transferência* e *transformação* de posições de garantia. O empresário transfere a sua posição de garantia ao delegado, de modo que a posição de garantia do delegante se transforma, passando a ser *secundária* ou *residual*. Não há exclusão da posição de *garantia originária*, mas sim uma *transformação* através da qual seus deveres se tornam *residuais*. Essa transformação de esferas de competência cria uma *nova posição de garantia* da pessoa do delegado, o qual passa a deter certas *faculdades de decisão e obrigações* de gestão, assumindo o dever de *garante secundário* da atividade empresarial. Nesses casos, os deveres do empresário passam a consistir, basicamente, na *coordenação* e *vigilância* da atuação dos delegados dentro da estrutura organizativa empresarial.<sup>61</sup>

Nas empresas em que não se tenha a personificação da figura do empresário, os membros dos órgãos de gestão e administração serão os responsáveis por conter os *perigos organizativos* ou *perigos de desorganização*.<sup>62</sup> Os dirigentes empresariais serão as pessoas responsáveis dentro do ente que terão o *correlato* encargo de *evitar a realização de perigos* que decorrem da atividade empresarial, assumindo a posição de *garante originário* da atividade empresarial. Em casos específicos, essa posição poderá ser transformada no dever de *garante secundário* pela delegação e confiança de tarefas a terceiros dentro da estrutura organizativa empresarial que se torna complexa e segmentada, retendo consigo os deveres de *coordenação* e *vigilância* da atuação dos delegados (sem exclusão da posição de *garantia originária*).

---

<sup>58</sup> A esse propósito, MONTANDER FERNÁNDEZ, RAQUEL ensina que a *delegação* corresponde a uma técnica transformadora das esferas de responsabilidades individual por meio do qual o delegante não cede a simples execução de uma função, mas transfere para o delegado verdadeiramente responsabilidades e o domínio sobre um determinado âmbito de competência. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelior Libros Jurídicos, 2008, ps. 85-99.

<sup>59</sup> Sobre o *princípio da confiança* no direito penal, ver desenvolvidamente em: GUARAGNI, FÁBIO ANDRÉ. *Princípio da confiança no direito penal como argumento a favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades*. In AAVV. *Compliance e direito penal*. Atlas, 2015, ps. 70-94.

<sup>60</sup> MONTANDER FERNÁNDEZ, RAQUEL. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelior Libros Jurídicos, 2008, ps. 44-45.

<sup>61</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In AAVV. *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons, 2013, p.81.



Por influência das práticas empresariais dos países anglo-saxões, as grandes e médias empresas passaram a utilizar cada vez mais os programas de cumprimento e prevenção que preveem uma *pessoa responsável* dentro da alta estrutura de gestão empresarial para as matérias de cumprimento (chamados comumente de *compliance officer*). As atribuições dessa nova figura giram em torno de uma ideia central: confiar à uma pessoa ou departamento a incumbência de gerar um envolvimento interno das pessoas a respeito do cumprimento legal que dificulte a comissão de condutas ilícitas no desenvolvimento das suas atividades. Essa área complexa exige uma combinação de esforços em diferentes direções: orientação, divulgação e reforço das normas internas, investigação de indícios de incumprimento (em coordenação com os responsáveis de auditoria e *controlling*), informação e reporte constante a alta direção e Conselho de Administração, etc.<sup>63</sup>

Normalmente, a figura do responsável de cumprimento é vista somente como uma pessoa que possui a vocação de mera execução das concretas tarefas de prevenção. Mas a sua técnica e competências devem ser mais amplas: abarcar também o desenvolvimento e manutenção da vigência de políticas e procedimentos internos dirigidos a empresa e seus membros para que não incorram em infrações graves na exploração do seu objeto social.<sup>64</sup>

Nesse viés, o *compliance officer* deve ser uma pessoa dotada de expertise técnica com a função de avaliar os riscos, coordenar o programa de integridade e comunicar o órgão da administração (ou outro responsável) quando constatar eventuais falhas do *compliance* ou ocorrência de ilícitos. Em geral, será o responsável por manter políticas e procedimentos internos de controle e de gestão de riscos, assim como por assumir a posição de gestor da *criminal compliance* (executar as tarefas de prevenção à criminalidade na empresa). Para execução dessas funções, o *compliance officer* deve ser dotado de poderes específicos para a sua atuação e intervenção quando necessário na

<sup>62</sup> FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *A figura do compliance officer no Direito brasileiro – funções e responsabilização penal*. Luminária Academia, 2017, p. 120.

<sup>63</sup> GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 166.

<sup>64</sup> Não se trata de uma figura homogênea, cuja a sua definição ou funções estão descritos com precisão pelos ordenamentos jurídicos. Em razão disso, os *compliance officers* poderão ter funções distintas em diferentes empresas. Tarefas de prevenção e controle que numas empresas estão centralizadas no *compliance officer*, em outras podem depender da Direção de Pessoal, de Direção Financeira, de Comissão de Controle de Riscos, etc. Numa empresa o *compliance officer* pode ter funções executivas e em outra apenas de coordenação; pode ser um uma função exercida por uma única pessoa ou por um órgão colegiado. Inclusive, na maioria das atividades empresariais pode não existir a figura do *compliance officer* sem que isso implique em descumprimento do seu dever de controle, já que esse papel poderá ser exercido por distintos departamentos que podem institucionalmente controlar os seus riscos (departamentos de finanças, de tesouraria, de produção, de qualidade, de meio-ambiente, de recursos humanos, etc). Cf. GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 169.





prevenção de todos esses perigos, os quais serão definidos no contexto dos riscos específicos de cada empresa.<sup>65</sup>

Para se falar da responsabilidade de um oficial de cumprimento por omissão é necessário primeiro saber: *o que ele deveria ter feito e não o fez? Quais eram os deveres dentro de uma concreta empresa foram delegados ao compliance officer? Como não existe um perfil homogêneo de profissional*, os responsáveis de cumprimento de distintas empresas podem ter diferentes funções. Esta *heterogeneidade* dificulta a análise de sua posição jurídica para valorar a sua omissão de conduta. Dificilmente caberá fazer afirmações genéricas do tipo: *o compliance officer assume ou não assume um dever de garante*.<sup>66</sup>

Em grande medida, a responsabilidade penal do *compliance officer* em comissão por omissão dependerá das *funções com o dever de garantia* que tiver assumido dentro do programa de *compliance*. O fato de ter se responsabilizado por uma obrigação assumida voluntariamente dá azo à possibilidade teórica de originar a responsabilidade penal em razão do incumprimento do dever assumido, desde que se tenha transferido de forma inequívoca essa garantia sobre o risco já mapeado e o mesmo tenha a capacidade de impedir o resultado do ilícito. Trata-se de examinar o *compromisso específico* conscientemente contraído pelo *compliance officer* devidamente positivados nas normas de cumprimento (ou daí extraídos de forma indubitável) para fundamentar o seu dever de garantia.<sup>67</sup>

A assunção da posição de garante por parte do *compliance officer* surge de uma obrigação contratual de agir e de cumprir como o *dever jurídico assumido*, de modo que os fundamentos do seu dever decorrem da existência de um fato anterior perigoso e de uma *livre aceitação da posição de garante*. Deve existir uma assinalação prévia das suas obrigações por meio do contrato laboral (e das normas de *compliance*) que contenha uma descrição prévia de seu posto de trabalho, detalhando os riscos que aceitou evitar e como aceitou impedir tais perigos.<sup>68</sup> A delegação interna não deve ser *apenas formal*, mas efetivamente *material*, pois apenas será garantidor aquele

---

<sup>65</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013, p.103.

<sup>66</sup> GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Presupuestos básico de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015*. In AAVV. *Actualidad Compliance 2018*. Thomson Reuters Aranzadi. 2018, p. 217.

<sup>67</sup> LINÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.58.

<sup>68</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013, p. 82.

funcionário que realmente assumiu as funções correspondentes e possui meios para desempenhá-las adequadamente.<sup>69</sup>

Com a *assunção voluntária* dos encargos e evidente delimitação de competências pelas normas dos programas de cumprimento (ou contrato de trabalho), tais funções de vigilância saem da esfera de competência *primária* do empresário (ou dirigente) e são transferidas ao *compliance officer*, deixando o empresário com o encargo de *vigiar* a atuação dessa nova pessoa encarregado pelo cumprimento legal e *supervisionar* o próprio programa de *compliance* implementado na empresa. Mas essa transferência só será possível se, em primeiro lugar, aquele que delegou o dever tinha essa posição de garantia e dela podia dispor (aqui, cabe o primeiro problema que será o de saber se a empresa, empresário e seus dirigentes *detêm e em que termos* a obrigação de controlar os riscos criados pela empresa). Em segundo lugar, torna-se imprescindível atender o modelo concreto de *compliance* e às obrigações assumidas pelo chefe de cumprimento para *delimitar os riscos de que ele é o “gestor”*, a fim de que se afirme ou negue o dever de garante (em que termos e fundamentos).<sup>70</sup>

Assim, o empresário (ou dirigente) passará a exercer a atividade de *vigilante do vigilante*<sup>71</sup>, pois mesmo diante da existência de diversos níveis de uma estrutura empresarial ele *não se verá exonerado perante lei penal* da obrigação de evitar que surjam perigos em quaisquer dos níveis (competência *secundária* e *residual*). O empresário (ou dirigente), por ocupar o vértice ou nível superior da estrutura empresarial, é quem continuar a possuir o *máximo poder de administração e gestão* para ordenar e decidir em cada caso quem, como e em qual proporção se assume os riscos do negócio da empresa (ou de que forma serão empenhados pessoas, patrimônios e recursos) e arca com as suas consequências, inclusive nas atividades arriscadas, perigosas ou adversas.<sup>72</sup>

Pelos programas de *compliance*, opera-se a transferência de *caráter infralegal* do dever de garantia por meio da cominação das funções de supervisão ao *compliance officer*, donde o delegante (empresário ou dirigente) delega à tal profissional o dever de vigilância primário dos focos de perigo que tenham sido identificados previamente por ele (empresário ou dirigente) nas atividades empresariais. Essa transferência *não exonera totalmente* o delegante face o ordenamento jurídico-penal, sendo certo que o empresário ou dirigente deverá manter a sua

<sup>69</sup> FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *A figura do compliance officer no Direito brasileiro – funções e responsabilização penal*. Luminária Academia, 2017, ps. 123-124.

<sup>70</sup> SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Almedina, 2019, ps. 138-139.

<sup>71</sup> MONTANDER FERNÁNDEZ, RAQUEL. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelior Libros Jurídicos, 2008, p. 172.

<sup>72</sup> MONTANDER FERNÁNDEZ, RAQUEL. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelior Libros Jurídicos, 2008, ps. 55-56.



*vigilância-supervisão*<sup>73</sup> sobre os riscos empresariais recebendo as informações do *compliance officer* e decidindo a condução da empresa em cada situação, em especial quando esse profissional não realize adequadamente as suas funções.<sup>74</sup> Apesar de adquirir os deveres de vigília de forma *derivada* (delegada pelos empresários-administradores), o *compliance officer* assumirá a posição de garantia *primária* da evitação do resultado por ser quem está mais próximo à situação de perigo e tem o *domínio direto* sobre as circunstâncias empresariais de risco, conforme disposto nos termos dos programas de *compliance*.<sup>75</sup>

O *compliance officer* terá o dever de supervisionar o funcionamento do modelo de *compliance penal* e controlar os focos de perigos das atividades empresariais identificados nesse programa. Mas, em geral, não virá a possuir a função específica de correção, que inclui a possibilidade de suspender, resolver ou anular qualquer tipo de ato que considere constitutivo de um delito ou arriscado em nome da empresa (o que faz dele um *garante incompleto* que não tem a obrigação e impedir ou evitar delitos). Por essa razão, o *compliance officer* pode ser tido como um *garante complementar* porque tem o dever de vigilância e supervisão (com real autonomia de levar a cabo esses trabalhos), mas carece do poder necessário para evitar, por si mesmo, a comissão de um delito em nome da empresa. Será o empresário (ou dirigente), de certa forma dependente das informações trazidas pelo *compliance officer*, que irá atuar nas situações de perigo penal para levar ao fim os deveres de vigilância e correção. Desse modo, os programas de cumprimento

---

<sup>73</sup> Uma noção do que pode vir a ser uma boa medida de *vigilância-supervisão* (residual-secundária) dos administradores no contexto dos programas de *compliance* se encontra nas decisões da *Delaware Court of Chancery* em EUA. Um caso envolveu a empresa *Caremark International Inc.* ((n. 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) que se baseou em precedentes da mesma espécie em *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, n. 188 A.2d 125 (Del. 1963) e *Smith v. Van Gorkom*, n. 488 A.2d 858 (Del. 1985)). Em causa, uma ação de responsabilidade civil proposta pelos acionistas contra os administradores por delitos de corrupção praticados pelos funcionários que acarretaram prejuízos à pessoa coletiva, sob a alegação de que esses gestores faltaram com os seus deveres de cuidado na supervisão dos seus funcionários. O Tribunal entendeu que: os dirigentes empresariais são *potenciais responsáveis por uma quebra no dever de atenção apropriada se sabiam ou deveriam saber que os seus funcionários estavam a violar as leis e decidiram não empreender esforços para prevenir tal violação*, deixando que a falta de ação fosse a causa dos danos. O dever de vigilância que incubem aos administradores *não lhes exige uma vigilância contínua e diária* da eficácia dos programas de *compliance*, mas que realizem *de forma periódica*. Em caso de uma omissão *contínua e sistemática*, os gestores devem ser responsabilizados por incumprimento sobre os seus deveres de *supervisão-vigilância*. De forma mais recente, um outro julgamento relativo a uma ação de responsabilidade civil semelhante que envolveu os acionistas versus administradores da empresa *A Blue Bell Creameries* (*Marchand v. Barnhill et al.* (n. 533, 2018 (Del. 19 de junho de 2019)). O Tribunal de Delaware disse que o Conselho de Administração da empresa *falhou em implementar qualquer sistema para monitorar o desempenho ou a conformidade da segurança alimentar da Blue Bell* e aplicou o *dever de monitorar* dos gestores enunciada na doutrina do caso anterior da *Caremark International Inc.* acrescentando que *o fracasso total de um Conselho em tentar garantir a existência de um sistema razoável de informações e relatórios é um ato de má-fé que viola o dever de lealdade dos administradores*.

<sup>74</sup> LINÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.60.

constroem um dever de *garante complementar*, o qual supervisiona a fonte de perigo e a controla, mas necessita de um *garante principal* (empresário ou dirigente) para tomar a maioria das decisões, resolver e corrigir as situações de risco em nome da empresa.<sup>76</sup>

Isso implica dizer que os programas de cumprimento deverão outorgar ao *compliance officer* poderes suficientes para que esse profissional possa, minimamente: (i) levantar todas as informações e documentos que são necessários para identificar, valorar e controlar os riscos penais; (ii) requerer informações ou relatórios a todo o pessoal encarregado do controle de um foco de risco; (iii) solicitar a colaboração do pessoal relacionado com a empresa e desempenho das suas atividades; (iv) desenhar e impor cursos de formação e prevenção de riscos e respeito aos valores da empresa.<sup>77</sup>

De forma correlata, pelos mecanismos de cumprimento habitualmente caberá impor ao *compliance officer* os deveres básicos de: (i) comprovar periodicamente (se necessário com auditorias) que o modelo de prevenção de delitos é cumprido e está adequado às necessidades da empresa. Caso não esteja, deverá propor medidas de revisão e atualização; (ii) emitir comunicações periódicas aos órgãos de administração sobre o funcionamento e o cumprimento do modelo; (iii) investigar os fatos que tenha conhecimento que podem representar uma conduta ilícita ou antijurídica; (iv) informar aos órgãos de administração as condutas antijurídicas ou ilícitas que tenha descoberto e tenham sido cometidas no âmbito empresarial.<sup>78</sup>

Deste modo, percebe-se que o fator primordial será a determinação da esfera de responsabilidade do *compliance officer*. O que deve estar clarividente é o domínio sobre a amplitude dos *direitos, obrigações e responsabilidades* do oficial de cumprimento dentro do *compliance* implementado por cada empresa, consoante: (i) as funções concretas (quais) voluntariamente assumidas pelo profissional (controlar, investigar, denunciar, impedir, etc.); (ii) o tipo de controlo (qual) exigido pelo programa de *compliance* para prevenção dos riscos empresariais (relatórios, auditorias, inspeções, canais de denúncia, investigações internas, etc.). É essencial que a delimitação de deveres e de competências (e dos riscos que estão na sua base) seja a mais clara possível.<sup>79</sup>

O programa de *compliance* deverá ser o mais *completo e preciso* nas obrigações que faz recair sobre o departamento de *compliance* e sobre o seu responsável. Só assim se poderá decidir a

<sup>75</sup> FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *A figura do compliance officer no Direito brasileiro – funções e responsabilização penal*. Luminária Academia, 2017, p. 125.

<sup>76</sup> LIÑÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.65.

<sup>77</sup> LIÑÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, ps.58-59.

<sup>78</sup> LIÑÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.59.

<sup>79</sup> SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Almedina, 2019, ps. 139-140.



respeito da relevância do incumprimento de um dever (de garante ou não) assumido pelo oficial de *compliance*. Diante disso, a sua conduta poderá ser vista como: (i) uma omissão capaz de fundamentar uma autoria criminosa, nos termos do que o Código Penal vier a tratar em matéria de imputação *por omissão*; (ii) uma mera cumplicidade no fato de outrem; (iii) uma responsabilidade interna, passível de alguma media disciplinar ou indenizatória; (iv) ou ainda, uma mera irregularidade alheia a qualquer responsabilidade jurídica.<sup>80</sup>

Portanto, importante frisar que o *compliance officer* não é, *ipso facto*, um garante do ponto de vista penal. A sua responsabilidade criminal deverá ser analisada os termos descritos para qualquer administrador ou empregado dentro do seu *domínio de atribuição individual de responsabilidades*, sem prejuízo de outros deveres (laborais, civis, disciplinares, administrativos, etc.) que poderão resultar do programa de *compliance* que tenha sido por ele implementado de forma defeituosa e sob a sua responsabilidade. Do contrário, depreende-se facilmente que ninguém estaria disposto a assumir o cargo de oficial do cumprimento se a mera possibilidade (suspeita) de que pudesse estar em causa a prática de um crime por um qualquer dos empregados da empresa o pudesse fazer incorrer em responsabilidade penal resultante de uma posição de garante, designadamente por ingerência.<sup>81</sup>

#### **4. Conclusões**

Conforme exposto, a relevância penal dos sistemas de *compliance* giram em torno dos seus reflexos sobre a *responsabilidade penal das empresas* (e também dos dirigentes) em três planos distintos: a *imputação*, a *sanção* e o *processo penal*. Em comum, todos os referidos planos buscam reconhecer nos programas de cumprimento um *efeito mitigador* da responsabilidade da pessoa jurídica, de forma gerar os seguintes reflexos consoante o caso: não configuração do fato ilícito-típico, exclusão da atribuição da responsabilidade penal, diminuição da pena, ou ainda, negociação da persecução processual-criminal por parte da empresa junto aos órgãos acusadores do Estado.

No que tange à imputação penal ao administrador (dirigente empresarial, incluindo o próprio empresário e a figura do *compliance officer*), a posição de garante do dirigente empresarial deve

---

<sup>80</sup> ROBLES PLANAS, RICARDO. *El responsable de cumplimiento* (“*Compliance Officer*”) ante el Derecho Penal. In AAVV. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, 2013, p. 328.

<sup>81</sup> RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Direito Penal Econômico – Uma política criminal na era compliance*. Almedina, 2019, p. 72.



ser *identificada e restringida* à função que compete ao sujeito dentro de determinada estrutura empresarial. Não deve ser reconhecida de *forma genérica* a posição de garantia sobre os atos ilícitos praticados pelos seus subordinados no âmbito empresarial. Isso significa que a posição de garante dentro da empresa é atribuível aos seus concretos órgãos particulares *em função da esfera empresarial que dominem*.

Portanto, o dirigente assume a obrigação de evitar o resultado danoso consoante o *quadro empresarial de organicidade* (estrutura organizacional) sobre o qual se *vinculou e se comprometeu a assumir* a direção das atividades e pessoas. O controlo dos riscos e capacidade de agir se verifica dentro dessa *potencialidade e espaço individual de responsabilidade*.

## 5. Referências

- BASOCO, JUAN MARÍA TERRADILLOS. *Derecho penal económico. Lineamientos de política penal*. In *Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Ano IX, n. 35, 2015, ps. 7-36.
- BRITO, TERESA QUINTELA. *Compliance, cultura corporativa e culpa da pessoa jurídica*. In *Law enforcement & compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- BRITO, TERESA QUINTELA. *Relevância dos mecanismos de compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes*. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídicas-Criminais*, 2014, n.0, p. 83.
- BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- COSTA, JOSÉ NEVES DA. *Responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief Compliance Officer no crime de branqueamento*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- COCA VILA, IVÓ. MUÑOZ PASTOR, NURIA. *El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites*. In *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*, 2017, n° 128, ano 14, ps.1-2.
- COCA VILA, IVÓ. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013.
- DIAS, JORGE FIGUEIREDO. *Direito Penal - Parte Geral: questões fundamentais da teoria geral do crime*. Editora Coimbra, 2007.
- DURO, PEDRO. *Novos rumos para o compliance – o efeito espanhol*. Disponível em: <https://www.csassociados.pt/pt/conhecimento/flashes/Novos-rumos-para-o-Compliance-o-efeito-espanhol/234/>
- FARIA COSTA, JOSÉ DE. *A reponsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*. In *Revista Portuguesa de Direito Penal*, 1992, n. 4, ano 2, p. 540.
- FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *O Criminal Compliance e a Autorregulação Regulada: privatização no controle à criminalidade econômica*, in AAVV. *Direito Penal Econômico Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Thoth, 2017.





- GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013.
- GÓMEZ-ALLER, JACOBO DOPICO. *Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015*. In AAVV. *Actualidad Compliance 2018*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- GUARAGNI, FÁBIO ANDRÉ. *Princípio da confiança no direito penal como argumento a favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades*. In AAVV. *Compliance e direito penal*. Atlas, 2015.
- HEFF, KELVIN B. *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: as suggested approach*. In *Columbia Law Review*, 1996, n. 96, ps. 1267 e ss.
- KUDKICH, HANS. *Compliance mediante la punibilidad de personas jurídicas?* In AAVV. *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons, 2013.
- KUHLEN, LOTHAR. *Compliance e Derecho Penal em Alemania*. In AAVV. *Responsabilidade de la empresa y compliance*. Edisofer-B de F. 2014.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTÔNIO. *Compliance, debito control y unos refrescos*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013.
- LAUFER, WILLIAM S. *A very special regulatory milestone*. In *University of Pennsylvania J. Business Law*, 2018, n. 391, ps. 408-409.
- LEÓN BERINI, ARTURO GONZÁLEZ DE. *El criminal compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013.
- LIÑÁN, ALFREDO. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- MENDES, PAULO DE SOUSA. *Law enforcement & compliance*, in AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- MONTANDER FERNÁNDEZ, RAQUEL. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelier Libros Jurídicos, 2008.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *Introducción*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *La corrupción em el comercio internacional (e de como la americanización del derecho penal puede tener de vez em cuando algún efecto positivo)*. In *Revista Penal*, 2003, n.12, ps. 3-26.
- ROBLES PLANAS, RICARDO. *El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el Derecho Penal*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, 2013.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, n. 148, ano 26, p. 21.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Política criminal – novos desafios, velhos rumos*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Editora Coimbra, 2003, p. 207.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Direito Penal Econômico – Uma política criminal na era compliance*. Almedina, 2019.

- ROTSCH, THOMAS. *Criminal Compliance*. In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, p. 2.
- ROTSCH, THOMAS. *Grundlagen*. In AAVV. *Criminal Compliance Handbuch*. Nomos, 2015.
- SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista DUC In Altum* Cadernos de Direito, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.
- SANCHÉZ, BERNARDO FEIJÓO. *Autorregulación y Derecho pena: una cuestión de responsabilidad individual?* In AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*. Editorial B de F, 2009.
- SCHÜNEMANN, BERND. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Fabian J. di Plácido, 2004.
- SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance em el derecho penal de la empresa. Uma nueva Concepción para controlar a la criminalidade económica*. (trad. Abanto Vásquez). In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013.
- SILVA, GERMANO MARQUES. *Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. *Deberes de vigilância y compliance empresarial*. In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013.
- SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, ps.129-130.
- SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2013, n. 105, p. 60.
- SOUSA, SUZANA AIRES DE. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. In *Revista de Estudos Criminais*, 2013, n. 50, p. 41.
- SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Almedina, 2019.
- SUTHERLAND, EDWIN H. *White-collar Criminality*. In *American Sociological Review*, 1939, n. 1, vol. 5.
- TIEDEMAN, KLAUS. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013.
- VILLEGAS GARCIA, MARIA ÁNGELES. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.